USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Límites en la Atención a Discapacitados Intelectuales y Psicosociales en la actividad notarial en Ecuador

Limits in the Attention to Intellectual and Psychosocial Disabled in the notarial activity in Ecuador

Stalin Javier Lucas Baque* José Jesús Albert Márquez**

Recibido / Received: 28/03/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2244

Citación:
Lucas Baque, S.J., Albert Márquez, J.J. «Limites en la Atención a Discapacitados Intelectuales y Psicosociales en la actividad notarial en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 15-41, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2244.

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta 130802, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: stalin.lucas@hotmail.com; staluc2012@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/ 0000-0001-5421-4520

** Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba, España, Córdoba 14002, Andalucía, España. Correo electrónico: ji1almaj@uco.es; josejalbert@gmail.com
ORCID iD: https://orcid.org/ 000-0001-9901-4194

Resumen
La evolución en materia de derecho de discapacidad ha avanzado sustancialmente tanto a nivel nacional como en legislaciones internacionales. El punto más álgido es la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 2006, cuyo principal aporte es el reconocimiento del derecho de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. En Ecuador, a pesar de haberse ratificado este instrumento internacional en el 2008, la legislación interna sigue siendo oscura, incompatible, contradictoria e inaplicable. Esto acarrea un conflicto teórico de naturaleza civil y sobre todo práctico en el ejercicio de la actividad notarial. Precisamente la dificultad que representa al notario ecuatoriano prestar la atención a este grupo de personas. No obstante, de la existencia de legislación internacional y nacional que propugna el derecho de obrar del discapacitado intelectual y psicosocial, constituye el objeto principal de este trabajo.

Para la realización de un adecuado análisis e interpretación de las normas jurídicas pertinentes, se utilizan los métodos jurídicos: exegético y hermenéutico. El resultado es una visión global, actualizada y presentada desde la óptica del notario público. Su abordamiento, tras 15 años desde la aprobación de la mencionada Convención internacional, y su falta de adecuación de forma clara en la legislación ecuatoriana, justifican la importancia de su estudio en materia de Derecho Social de los discapacitados y del Derecho Notarial ecuatoriano.

Palabras claves
Discapacidad intelectual y psicosocial; capacidad jurídica; notario; Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ejercicio de la capacidad.

Abstract
The evolution of disability law has advanced substantially at the international level as well as in national legislation. The highest point is the approval of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006, whose main contribution is the recognition of the right to exercise the legal capacity of persons with intellectual and psychosocial disabilities. In Ecuador, despite having ratified this international instrument in 2008, the internal legislation continues to be obscure, incompatible, contradictory and inapplicable, leading to a theoretical conflict of a civil nature and above all practical in the exercise of notarial activity. Precisely the difficulty that represents to the Ecuadorian notary to pay attention to this group of people despite the existence of international and national legislation that advocates the right to act of the intellectually and psychosocial disabled, constitutes the main object of this work. In order to carry out an ade-

quate analysis and interpretation of the pertinent legal norms, the article uses legal methods: exegetical and legal hermeneutic. The result is a global vision, updated and presented from the point of view of the public notary. Its approach, 15 years since the approval of the aforementioned international Convention and its lack of adequacy in Ecuadorian legislation, justify the importance of its study in matters of Social Law for the disabled and Ecuadorian Notarial Law.

Keywords

Intellectual and psychosocial disability; juridical capacity; notary; International agreement; exercise ability

1. Introducción

La problemática de los derechos de los discapacitados, teóricamente se ha dado por superada, centrándose los esfuerzos de llevar a la realidad todos los avances alcanzados. Reconocimiento, respeto, libre acceso, igualdad de oportunidades, inclusión laboral, exenciones tributarias; constituyen sus principales logros.

Sin embargo, dentro de los avances teóricos, han quedado temas que son complejos para llevarlos a la realidad, mucho más cuando por un *lapsus,* el legislador dejó ciertos vacíos legales sobre ejercicios de la capacidad jurídica que limitan a funcionarios públicos, entre ellos al fedatario público.

La dificultad para el notario de prestar sus servicios fedatarios a personas con discapacidad intelectual o psicológica continúa generando interrogantes al funcionario, así como cuestionamientos en contra del servicio notarial por parte de usuarios, familiares y organizaciones de discapacitados. Siendo este el centro del tema del presente estudio, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la falta de armonía entre la actual legislación internacional y la nacional en materia de ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado intelectual y psicológico, frente a la dificultad que tiene el notario público ecuatoriano para prestar la atención deseada a los ciudadanos con estos tipos de discapacidades.

¿Está claro el sistema jurídico ecuatoriano respecto a la aplicación de los derechos de ejercicio de la capacidad jurídica de obrar establecidos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial? Este será el principal tópico de discusión de este artículo.

Absuelta esta inquietud una vez concluido este trabajo, será necesario propugnar que se adecúe la normativa interna con la Convención del 2006 de

manera clara y urgente, de forma que signifique tanto una solución teórica a una armonía jurídica que debe existir en un Estado de Derecho como el ecuatoriano, así como también el cumplimiento real a un instrumento internacional de tanta importancia para los llamados derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano, y finalmente la satisfacción en atención a este sector de la sociedad ecuatoriana.

2. Desarrollo

2.1. Bases conceptuales

El concepto de discapacidad tiene diversas acepciones, dependiendo de los paradigmas teóricos, culturales y legales. La discapacidad es vista como una deficiencia en el rendimiento funcional de un individuo, que como consecuencia representa trastornos en el ámbito de la persona.[1]

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye a individuos con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, "al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás".[2]

En consonancia, el Art. 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades del Ecuador, vigente desde el año 2019, define a la persona con discapacidad como:

> [..] toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, sicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria.[3]

En conclusión, el término discapacidad engloba las deficiencias funcionales, limitaciones de la actividad y restricciones en la participación social.

2.2. Modelos

La teoría sobre discapacidad y su construcción social, ha tenido una evolución constante en la sociedad a través del tiempo y del espacio,[4] la que comprende,

1 Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* (Madrid: Artegraf, 2001), 19.
2 Artículo 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
3 Ley Orgánica de Discapacidades, R.O. 796, 25 de septiembre de 2012, reformada por última vez R.O. Primer Suplemento 481 de 6 de mayo de 2019.
4 Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", 15.

al menos tres modelos*:* 1) de prescindencia,[5] con los submodelos eugenésico[6] y de marginación;[7] 2) rehabilitador;[8] y 3) el modelo social.[9]

Bajo el modelo social, se ha definido el concepto actual de discapacidad, distinguiendo deficiencia (la condición del cuerpo y de la mente) [10] y discapacidad (las restricciones sociales).[11] Este modelo propugna que a las personas con discapacidad es innecesario aislarlas y excluirlas de participar en sociedad.

2.3. Tipos de discapacidad

La doctrina sobre discapacidad distingue cuatro tipos de discapacidad: (i) física,[12] (ii) sensorial (visual y auditiva),[13] (iii) psicosocial, e (iv) intelectual.

Para fines de este trabajo es necesario realizar una aproximación conceptual de los dos últimos: Discapacidad psicosocial.- Según Alfredo Padilla Hernández*,* es "todo tipo de conducta que se aparta del patrón social establecido, [..] se traduce en un trastorno que si es del orden de los supuestamente dirigidos o gobernados por la mente se le llama trastorno o enfermedad mental".[14]

El Ministerio de Salud Pública de Ecuador y el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (en adelante CONADIS), con relación a esta discapacidad determinan que:

> […] se refiere a personas que presentan secuelas de una enfermedad mental, que se caracteriza por trastornos previsiblemente permanentes en el comportamiento adaptativo que afectan el estado de bienestar en la forma de pensar, en los sentimientos, en las emociones, en el humor o estados de ánimo, en la conducta, interfiriendo la habilidad de una persona para afrontar las demandas ordinarias de la vida sobre situaciones familiares, laborales y sociales, en mayor o menor grado.

---

5 Para Agustina Palacios, las características de este modelo son dos: la justificación religiosa de la discapacidad, y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad. Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca, 2008), 37.

6 Ibid, 38.

7 Ibid, 54.

8 Palacios distingue las dos características fundamentales de este modelo: 1) no son religiosas las causas que justifican la discapacidad, sino que son científicas; y 2) las personas que tienen discapacidad no son consideradas inútiles ya que pueden aportar algo a la comunidad. Ibid, 66.

9 Las limitaciones individuales "no son las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social*"*. Ibid, 103-104.

10 Mauricio Mareño Sempértegui, y Fernanda Masuero, "La discapacitación social del diferente", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* 4, no. 1 (enero 2010): *96,* https://www.intersticios.es/issue/view/414.

11 Ibid.

12 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura y Consejo Nacional Para la Igualdad de Discapacidades [CONADIS], 2015, 9.

13 Ibid., 11-12.

14 Alfredo León Padilla Hernández, "Las Enfermedades Psicosociales como Problema de Salud Pública," *Revista Médica Hondureña* 43, no. 3, (1975): 179, http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1975/pdf/Vol43-3-1975-4.pdf.

> Esta discapacidad no está relacionada con la discapacidad intelectual. [...] Se relaciona con diferentes enfermedades tales como sicosis, depresión mayor, demencia, Alzhéimer [...].[15]

Para fines de atención a discapacitados, la Función Judicial del Ecuador toma como base lo recomendado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en base a evolución del concepto utilizando el término discapacidad psicosocial para referirse a la discapacidad mental.[16]

De este documento, al establecer como sinónimo directo el término psicosocial con mental, lo vuelve muy cercano al término demencia que origina la incapacidad jurídica.

Discapacidad Intelectual.- Para la Asociación Americana de Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, AAIDD, esta discapacidad presenta limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual, la conducta y las habilidades adaptivas, conceptuales, sociales y prácticas, originadas antes de los 18 años.[17]

Sofía De Salas Murillo respecto a la situación jurídica de personas con este tipo de discapacidad, manifiesta que se caracterizan por contener restricciones en la capacidad de obrar, por lo que están acompañadas por guardadores.[18]

No obstante, por la complejidad social e individual, Alfredo Padilla señala*:*

> La medición del nivel de salud mental no puede ser absoluta dado el peso que tienen en la misma los factores socio-culturales. el grado de salud mental de un individuo debe establecerse por un indicador o patrón, tomando en cuenta el sistema de valores aceptados por la colectividad a que pertenezca el interesado.[19]

En ese sentido, existe preocupación en las naciones por reconocer los derechos de los discapacitados, así como su integración en la sociedad. En tal sentido, el español Carlos Marín Calero afirma: "la integración es justamente lo contrario de la segregación o exclusión. […] supone inclusión, adición, disolución en el común, o sea en la sociedad, en igualdad de derechos, y también en igualdad de riesgos*"*.[20]

15 Guía para atención de personas con discapacidad en la salud rural, Ministerio de Salud Pública de Ecuador y CONADIS, 2017, 21.

16 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, 10.

17 Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo [AAIDD]., *Discapacidad Intelectual. Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo Social (*Madrid: Alianza Editorial, 2011), 10.

18 Sofía De Salas Murillo, "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual. Criterios de valoración". *Anuario de Derecho Civil 2,* no. 63 (Julio 2010): 679, https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estatuto-persona-discapacidad-intelectual-353749954.

19 Padilla, "Las Enfermedades Psicosociales," 179.

20 Carlos Marín Calero, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006), 8.

Sin embargo, esta integración no significa igualdad de trato, sino una equiparación burda equivalente a tratar como igual a lo que es distinto. Esto ni anula ni olvida la discapacidad, tan solo busca compensarla.[21] Esa es la intención en la Constitución ecuatoriana, Capítulo tercero, que trata de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, específicamente en la Sección sexta: "Personas con discapacidad".[22]

2.4 Normativas internacionales sobre discapacidad intelectual y psicosocial

Varios son los instrumentos internacionales que se han aprobado con la finalidad de reconocer y proteger los derechos de los discapacitados. Entre los principales están: i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[23], aprobado por la ONU en el año 1966, estando presente en cuatro ámbitos los derechos de los discapacitados;[24] ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 1966;[25] iii) Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tales como: Resolución 2856, sobre la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971;[26] Resolución 3447, sobre la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975;[27] Resolución 37/52 sobre el Programa de acción mundial para las personas con discapacidad de 1982;[28] Resolución 46/119, sobre los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991;[29] Resolución 48/96 sobre las Normas uniforme sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de 1993;[30] entre otras.

21 Ibid.
22 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.
23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
24 Agustina Palacios señala que las cuatro áreas son: 1) Derechos relativos a la existencia humana y la integridad de la persona; 2) Derechos relacionados con la libertad; 3) Derechos de formar una familia y otros relacionados; y, 4) Derechos políticos. Y en todos ellos "son aplicables a todas las personas, lo que evidentemente incluye a las personas con discapacidad". Palacios, *El modelo social de discapacidad*, 210-214.
25 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, New York, 16 de diciembre de 1966.
26 Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Nueva York, 20 de diciembre de 1971.
27 Declaración de los Derechos de los Impedidos, Nueva York, de 9 de diciembre de 1975.
28 Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, Nueva York, 3 de diciembre de 1982.
29 Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Nueva York, 17 de diciembre de 1991.
30 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 20 de diciembre de 1993.

2.4.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[31]

Sin duda, esta Convención constituye uno de los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y tiene la finalidad de proteger los derechos y de manera especial la atención a las personas con discapacidad, tanto en instituciones públicas como privadas, procurando garantizar el pleno goce y disfrute de condiciones de igualdad ante la ley.

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York; la Convención entraría en vigor una vez ratificada por 20 países, lo cual ocurrió el 3 de mayo de 2008. En el año 2019 la convención contaba con 177 signatarios y 181 ratificaciones, entre ellos el Ecuador, cuya ratificación se realizó el 3 de abril del año 2008, mediante acuerdo del Ministerio de Relaciones Exteriores.[32]

Con la vigencia de esta convención, se creó un marco jurídico con carácter vinculante para las naciones que lo ratificaron, constituyéndose por un lado en la principal referencia para la conceptualización de las discapacidades, y por otro, el mejor norte para la formulación de políticas a nivel internacional.[33]

Este instrumento internacional constituye tal vez el avance más importante en materia de derecho de discapacitados. En los numerales 3, 4 y 5 del Art. 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, determina que:

> 3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
> 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias [...] Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, […] serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades

31 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Compilación documentos básicos de Derechos Humanos* (Ciudad de México: talleres de Servicios de Medios Alternativos, 2008), 123-145.

32 Acuerdo de Ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, Registro Oficial 329 de 5 de mayo de 2008.

33 Beatriz Martínez Ríos, "Pobreza, discapacidad y derechos humanos", *Revista Española de Discapacidad* 1, no. 1 (Julio 2013): 10, https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/33.

> de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.[34]

El punto principal que tipifica estos numerales es el ejercicio de la capacidad jurídica, negado antes tanto en los instrumentos internacionales como en los ordenamientos nacionales, pues antes, bajo el argumento de proteger al discapacitado, se denegaba la posibilidad de construir una propia vida, se sometía a estas personas a un régimen de sustitución de la voluntad, y se encargaba la decisión de ella a un tercero.[35]

Con la aprobación y ratificación de esta Convención cambia sustancialmente este régimen jurídico de los discapacitados. Costanza Borea Rieckhof explica la diferencia entre capacidad de ser titular de derechos y capacidad de ejercerlos. Unos "son titulares de derechos, pero solo aquellos con determinado nivel cognitivo podrán ejercerlos".[36] Finalmente asegura que la capacidad jurídica es la llave que protege al discapacitado de injerencias no deseadas de terceros, pues de ocurrir esto último, se limitaría el ejercicio del derecho patrimonial y abarcaría incluso otras áreas importantes del ser humano tales como salud y bienestar, siendo además que esta falta de capacidad de decisiones se constituye en lo que se denomina muerte civil.[37]

Según Xabier Urmeneta: "al ser una convención firmada y ratificada, es la primera de obligado cumplimiento para todos y cada uno de los países firmantes".[38] En teoría, las legislaciones internas de muchos países deberían haber sido adecuadas de conformidad a la concepción o modelo existente y también han evolucionado de acuerdo con el avance y progreso del mismo.

Se podría afirmar que el reconocimiento de la personalidad jurídica[39] y de la capacidad jurídica[40] de los discapacitados, ha quedado superado en el derecho internacional con la aprobación y ratificación por parte de los Estados, de la

34 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Compilación documentos*, 130.

35 Costanza Borea, "Discapacidad y derechos humanos", *THĒMIS-Revista de Derecho* 67 (Julio 2015): 168, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465.

36 Ibid, 168.

37 Ibid.

38 Xabier Urmeneta, "Discapacidad y Derechos humanos", *Norte de Salud mental* vol.8, no. 38 (Octubre 2010): 67, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4830148.

39 El primer inciso del art. 12 de esta Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, determina que los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Para Francisco Bariffi la personalidad jurídica "confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos". Francisco José Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* (Madrid: editorial Cinca, 2014), 248.

40 Bariffi, señala que el concepto de capacidad jurídica es más "amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)". Ibid.

Señala además que este concepto ha sido escasamente recogido en instrumentos internacionales de derechos humanos, por cuanto tradicionalmente ha sido enfocado desde la óptica del derecho privado reservada a la jurisdicción interna de los Estado. Ibid, 252.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.5 Marco legal de discapacidad en Ecuador

En este punto, es necesario examinar la norma interna del Ecuador en materia de discapacidad.

2.5.1 Constitución del Ecuador

El Art. 417 de la Constitución de la República del Ecuador determina que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador "*se sujetarán a lo establecido en la Constitución*".[41] Y el Art. 84 establece que el órgano legislativo tiene la obligación de "adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano [...]".[42]

Así mismo, el Art. 11 numeral 5º de la misma Carta Magna puntualiza que los derechos y garantías constantes en instrumentos internacionales de derechos humanos "serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".[43]

De estos tres artículos, se desprende que los derechos de capacidad de obrar de los discapacitados contemplados en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, al ser ratificados por el Estado ecuatoriano conllevan tres consecuencias: una normativa, otra legislativa y la tercera de carácter jurisdiccional. La primera significa que esta Convención forma parte del ordenamiento jurídico, la segunda es que los legisladores deben adecuar toda la normativa interna para que se ajuste a lo dispuesto por el instrumento internacional ratificado y la tercera que obliga al funcionario público –en este caso al notario– para que aplique en forma directa e inmediata la vigencia de los derechos dispuestos en la mencionada Convención Internacional.

En cuanto a la aplicación de las normas en caso de conflictos, la Constitución ecuatoriana determina contundentemente en el Art. 425 el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas, en la que la Constitución y los tratados y convenios internacionales están en la cúspide. Y el Art. 424 de la misma Carta

41 Artículo 417, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
42 Artículo 84, Id.
43 Artículo 11, Id.

Magna determina en forma categórica que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, "prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".[44]

Queda claro que la vigencia, validez y jerarquía de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por mandato constitucional debe aplicarse en todos los ámbitos, entre ellos el notarial.

2.5.2 Ley Orgánica de Discapacidades

La actual Ley Orgánica de Discapacidades, determinó, en la cuarta disposición reformatoria y derogatoria, la puntual sustitución del término "demente" por el de "discapacitado intelectual", en el Art. 256 del Código Civil;[45] y en la décima tercera disposición de la misma Ley, establece la orden imperativa de sustituir de la normativa actual nacional, aquellos términos peyorativos hacia las personas con discapacidad.

El Reglamento a esta Ley determina que una persona –para ser considerada como discapacitado– debe tener por lo menos el 30% de afectación debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional competente.[46]

Por último hay que considerar la Resolución 011-ST-2019, emitida por el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades de 2019, tomando como base lo aprobado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en los Art. 5 y en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Art. 12, en los que se estableció el principio de igualdad y no discriminación, al "RATIFICAR que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos" (énfasis añadido).[47]

---

44 Artículo 424, Id.

45 Sin embargo, la palabra demente(s) aún aparece 20 veces más en el citado Código Civil, en los artículos 192, 478, 479, 480, 482,484, 485 dos veces, 486 dos veces, 487, 489 518, 738, 1012 dos veces, 1463, 2407, 2409. Y la palabra demencia aparece 10 veces: 266, 478, 481, 482, 483, 530, 1010, 1043, 1231, 1602. Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Edición Constitucional 96 de 8 de julio de 2019.

46 Artículo 1, Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, R.O. 109, 27 de octubre de 2017, reformada por última vez R.O. Primer Suplemento 481 de 30 de julio de 2020.

47 El artículo 1 de esta Resolución establece lo siguiente : "Artículo 1.- RATIFICAR que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos; conforme a lo dispuesto en el artículo 5 y en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en concordancia con lo dispuesto en nuestra Constitución y en el artículo 1462 del Código Civil que con respecto a la capacidad legal de las personas con o sin discapacidad, dispone que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara como incapaces y con lo manifestado por el Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. En tal virtud todas las Instituciones Públicas y Privadas sin excepción, incluyendo los Operadores de Justicia, Notarías del País […] deberán respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad". Resolución 011-ST-2019, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades [Por medio del cual se ratifica que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos], Registro Oficial 435 de

2.6. Discusión

Sentadas las bases teóricas cabe hacerse los siguientes interrogantes: ¿Debe el notario celebrar actos y contratos donde personas con discapacidades intelectuales o psicosociales sean los intervinientes? ¿Determina la normativa ecuatoriana el porcentaje o el grado de este tipo de discapacidad con los cuales se pueda autorizar o negar la celebración de una escritura pública de transferencia o constitución de gravámenes de un bien donde intervenga un discapacitado intelectual o psicológico? ¿Transgrede normas jurídicas y consecuentemente tiene responsabilidades legales el fedatario que realice la celebración de contrato de compraventa con la participación de un discapacitado intelectual? ¿Transgrede normas jurídicas y consecuentemente tiene responsabilidades el notario que niega la celebración de una escritura pública por intervenir un discapacitado intelectual o psicosocial? ¿Qué argumentos legales puede presentar el notario que niega o acepta la realización de una escritura pública en la que una parte o varias partes, tenga la calidad de discapacitado intelectual o psicosocial?

En la función notarial y judicial no existe inconveniente en cumplir con la atención y el servicio para los discapacitados físicos, auditivos o visuales, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Discapacidades y en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que tomando como base el criterio eminentemente clínico de Daniel Taiana Acevedo y Andrés Cardozo Alarcón, quienes expresan que la discapacidad "permite diferentes niveles de autonomía, que se deben rescatar y promover en el paciente buscando al máximo su participación activa en la toma de decisiones".[48]

Sin embargo, en relación a la atención de discapacitados intelectuales o psicosociales, hay dentro del notariado un debate en torno respecto a si la legislación ecuatoriana es lo suficientemente clara para que el notario tenga la certeza de que existe en un discapacitado intelectual y/o psicosocial, la capacidad legal establecida en el Art. 1462 del Código Civil, y si además tiene el pleno conocimiento con que se obliga, de forma particular y especifica en los actos de disposición de bienes; por lo que las recomendaciones son que el fedatario tenga el máximo de cuidado en esta materia, por las consecuencias civiles, penales, administrativas en la realización de una escritura pública con la participación de un incapaz.

25 de febrero de 2019.

48 Daniel Enrique Suárez Acevedo y Andrés Camilo Cardozo Alarcón, "Aspectos éticos en discapacidad y derechos humanos: El rol del profesional de la salud", *Revista Colombiana de Medicina Física y Rehabilitación* 22, no. 2 (diciembre 2012): 160, https://revistacmfr.org/index.php/rcmfr/article/view/63.

2.6.1. Argumentos jurídicos

En el derecho ecuatoriano podemos distinguir dos hitos importantes que se contraponen entre sí, en materia de ejercicio de capacidad jurídica: por un lado está el Código Civil que determina taxativamente quienes son incapaces absolutos, entre ellos los dementes,[49] así como de la consecuencia jurídica de que los actos realizados por ellos, no surten efecto alguno ni aun de las obligaciones naturales, y no admiten caución; así como de que la incapacidad para obligarse del llamado incapaz necesita representación para actuar judicial y notarialmente;[50] en esa misma línea, la Ley Notarial dicta al notario el rumbo fijo de su accionar al establecer la obligatoriedad de examinar la capacidad de los otorgantes y el conocimiento con que se obligan.[51]

La Convención Internacional del año 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, de manera específica procura asegurar que los estados del mundo tomen medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad; así mismo, propone que la incapacitación jurídica de una persona discapacitada ha de ser excepción; y propugna que solo en determinados casos de profunda discapacidad intelectual, se requiere representación.

En esa misma línea se encuentra la Resolución 011-ST-2018, emitida por el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades que dispone el ejercicio de la capacidad jurídica de todos los discapacitados, pero sin puntualizar tipo, grado y porcentaje, ni tampoco señalar los tipos de trámites que pudiere realizar un discapacitado intelectual y/o psicológico.

2.7. Análisis

En el Código Civil ecuatoriano existe la presunción en derecho de la plena capacidad de las personas, no pudiéndose declarar incapaz sino judicialmente. En este último caso, se le declara interdicto y se le nombra curador[52] conforme lo establecido en el Art. 478 del mismo cuerpo de Ley, siendo privado de la administración de sus bienes y consecuentemente también de la capacidad de disposición.

49 Artículo 1463, CC.

50 Artículo 415, Id.

51 En la actividad notarial la primera fuente de contacto con personas discapacitadas es la examinación para distinguir si la persona tiene una discapacidad que le impida ejercitar la capacidad, libertad y conocimiento exigida en el Art. 27 de la Ley Notarial, previo a la celebración de una escritura pública.

Otro aspecto muy importante que hay que tener muy en cuenta de la existencia de contratos o negocios jurídicos muy complejos que afectan patrimonios y derechos trascendentales de una persona, por lo que siempre se requerirá la suficiente comprensión y conocimiento de las consecuencias del negocio jurídico, entre ellas la trascendencia económica, la constitución o extinción de obligaciones, etc.

52 En el sistema legal ecuatoriano los guardadores (término genérico de tutor y curador), están más acordes para la protección de las personas discapacitadas, pero siendo el juez el llamado a autorizar la disposición del patrimonio del incapaz.

De esta presunción legal de capacidad, y por mandato de Ley, es el notario público quien valora la capacidad de obrar suficiente, que se exige para el otorgamiento de un documento notarial.

De manera que para la validez de un acto o contrato es necesario el discernimiento del interviniente, sin el cual no es posible prestar el consentimiento. En ese sentido el Código Civil ecuatoriano determina criterios para apreciar la incapacidad jurídica, y someterse a tutelas o curadurías a aquellos "que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida".[53]

Al respecto, Isidoro Lora-Tamayo, afirma que: "La curatela es la institución más acorde para la protección de la persona discapacitada y que el juez, al establecer las medidas de apoyo, debe dar prevalencia a la voluntad manifestada por estas personas".[54]

Por su parte, el mencionado Código sustantivo Civil dice: "Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones".[55] Y cuando se requiera la enajenación de un bien de propiedad del incapaz, el sistema legal ecuatoriano exige no solo la representación de curador sino también que se cuente con la autorización de un juez.

Es cierto que esta situación únicamente es aplicable a la demencia, que de por sí es un tipo de discapacidad, y que la lucha por la inclusión de los discapacitados en general busca abarcar todas las esferas de la vida cotidiana, desde la social, educativa, laboral y también la jurídica, tal como bien lo enfatiza Marín que un primer paso fue:

> "…promover la integración en el ámbito del derecho privado, en general, y del derecho patrimonial, en particular, debo añadir que lo que las personas con discapacidad necesitan y esperan de los poderes públicos y de sus funcionarios no es únicamente una legislación no discriminadora […] sino un auténtico esfuerzo constructivo de superación de la discriminación e de implantación de la integración".[56]

Sin embargo, la imprecisión de clasificar a la demencia como incapacidad "psicosocial" o como incapacidad intelectual (mental) deja un espacio vacío, que ni la legislación, ni la doctrina ecuatoriana precisa. Un dato interesante en este debate, lo encontramos en el campo judicial, específicamente en los juz-

53 Artículo 367, CC.

54 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", *Revista IUS* 9, no. 36, 2015, 37.

55 Artículo 415, CC.

56 Marín, *La integración jurídica,* 8.

gados. En esa línea de pensamiento, Sofía De Salas expresa los problemas que se presentan en los juzgados: "La falta de unidad de criterio en la propia incapacitación: no existe un parecer uniforme, no sólo en cuanto a la valoración de las causas de incapacitación en sí […] sino en cuanto a la extensión misma de la limitación de la capacidad".[57] Este problema no sólo lo tiene el juzgador –que por cierto tiene plena capacidad para juzgar y resolver– sino también el notario, quien tiene la necesidad de criterios claros,[58] porque le toca valorar y apreciar la capacidad de comparecientes que se presentan a celebrar actos, contratos o negocios jurídicos en una notaría.

Consecuentemente, todas las consideraciones de no validez de los contratos celebrados por dementes y como tales discapacitados, se contraponen francamente con lo dispuesto por la señalada Convención, quedando claro que esto es producto de esta imprecisión, tomando en cuenta que aunque esté íntimamente ligada la incapacidad producida por la demencia, es un concepto diferente a la concepción general de discapacidad intelectual o psicosocial, de la que hablan los convenios internacionales, las leyes y las resoluciones sobre discapacidades, y esto se evidencia con la impresión en los carnés de discapacidad.

2.7.1. La imprecisión en los carnets de discapacitados

Frente a esta falta de precisión, la Ley le dicta al notario el rumbo fijo de su accionar, y así vemos que el Art. 27 de la Ley Notarial dispone que: "Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario: 1.- La capacidad de los otorgantes; 2.- La libertad con que proceden; 3.- El conocimiento con que se obligan; y [...]".[59]

Este examen tiene que ver con el entendimiento, comprensión y conocimiento de lo que se está haciendo, tanto con el tratamiento, consideración, urgencia y comprensión de la condición de un discapacitado mental, como con la libertad con la que actúa una persona que se apresta a realizar un acto, contrato o negocio jurídico en una notaría. En esta valoración las únicas herramientas del notario son su sentido común y su experiencia.

Es obvio de que si existe una discapacidad psicosocial o una discapacidad intelectual (mental) en una determinada persona que comparece a una notaría, el fedatario ecuatoriano tan solo tiene a su disposición el documento público llamado carné de discapacidad, junto con la información proporcionada por el Sistema Informático Notarial, en el que se evidencia a una persona con un

57 Sofia De Salas Murillo, "Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones", en *El tratamiento jurídico civil de la dependencia*, ed. Miguel Ángel Pérez Álvarez (La Coruña: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2008), 23.

58 Ibid.

59 Ley Notarial, R.O. 158, 11 de noviembre de 1966, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 345 de 8 de diciembre de 2020.

porcentaje que va desde el 30%[60] hasta el 90% de discapacidad intelectual o psicosocial, sin precisar cuál es la enfermedad específica que causa la discapacidad.[61]

De manera que la existencia de este documento público en el caso de señalar un porcentaje de discapacidad mental, intelectual o psicológica, equivalente a un grado elevado o grave; en relación a la examinación que hace el notario de la capacidad y el conocimiento con que se obliga, de poco le sirve para decidir si este tipo de usuario puede utilizar su razonamiento lógico para conocer a cabalidad sobre el acto que solicita realizar y consecuentemente tomar decisiones, que permita expresar el debido y legal consentimiento, porque de por sí el documento está advirtiendo de una anomalía que aunque no de derecho, presume una dificultad de comprensión del acto o contrato notarial que se pretende realizar y consecuentemente dejan indicios de que el compareciente discapacitado podría estar incapacitado.

En esas circunstancias, el notario público –en caso de autorizar la celebración del acto o contrato en el que participa un discapacitado intelectual o psicosocial– no puede respaldarse apropiadamente, si se presentase un futuro conflicto jurídico; aun habiéndolo entrevistado en el mismo momento de la celebración de la escritura, respecto a la capacidad, libertad y conocimiento, y se hubiese percatado de que tiene apariencia de lucidez.

Otro problema que presenta el carné de discapacidad intelectual en el Ecuador, como dijimos antes, es que no determina en absoluto la enfermedad específica que ocasiona este tipo de discapacidad, por lo cual no es preciso establecer si corresponde a la incapacidad jurídica ocasionada por demencia.

Además, un dato importante respecto del carné de discapacidad es la existencia al menos de 3 tipos de posibles expresiones plasmadas en estos documentos: "mental", "intelectual" o "psicosocial". Si tomamos como referencia dos documentos emitidos por instituciones públicas competentes: 1) La Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural emitido por Ministerio de Salud Pública de Ecuador y el CONADIS; y 2) El Manual de Atención en Derecho de Personas de Discapacidad en la Función Judicial;

60 El porcentaje en que se considera discapacitado es "equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada […]". Artículo 1, Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades.

61 Los múltiples beneficios legales de naturaleza tributaria y económica que se obtienen con un carné de discapacidad han propiciado la emisión de este documento en una forma considerable, sin importar el porcentaje, tipo y –lo que es peor– el grado de discapacidad que aparecen en los carnés.

De allí, que es común para un notario ver con frecuencia en los despachos a personas portando un carné de un grado moderado de discapacidad psicosocial, por la cual con un dialogo casual es difícil concluir que tiene alteraciones que puedan evidenciar ausencia de capacidad para tomar decisión y disponer de lo suyo.

La confirmación de la información constante en la credencial de discapacidad es proporcionada al Notario por intermedio del Sistema Informático Notarial, la cual le sirve al fedatario para confirmar los beneficios de la exoneración de las tasas notariales de todos los actos que realiza una persona discapacitada.

hacen una diferencia conceptual y legal entre la discapacidad psicosocial[62] y la discapacidad intelectual[63]; la primera está asociada a sicosis, depresión mayor, demencia, Alzhéimer, neurosis, esquizofrenia, trastornos por consumo de sustancias sicoactivas, bipolaridad, trastorno del pánico, etc. (psicosocial); y en la segunda categoría se encuentra el retraso mental (intelectual).

Al respecto, como lo habíamos señalado, este manual plantea el reemplazo del término demencia con el término enfermedad mental o discapacidad intelectual. [64] No obstante, el mismo documento cuando define a la discapacidad psicosocial, afirma que "[…], **utilizamos el término discapacidad psicosocial para referirnos a la discapacidad mental.** (énfasis añadido)[65]

Se observa entonces que en estos dos documentos de instituciones públicas nacionales se relacionan la demencia tanto con la discapacidad psicosocial como con la discapacidad intelectual. Con estas ambiguas conceptualizaciones, el notario termina más confundido al momento de querer considerar la aplicación de la mencionada Convención Internacional como de la referida Resolución 011-ST- del CONADIS de febrero 2019.

En este punto, es necesario determinar y precisar: ¿Cuáles de las enfermedades que originan la discapacidad intelectual o psicosocial, le encuadran específicamente como demente?

El Código Civil determina únicamente al demente como incapaz, pero también está claro que la Ley Notarial exige al notario examinar el conocimiento con que se obligan los comparecientes, lo que requiere un sano entendimiento y capacidad de comprensión. Cabe responder la siguiente interrogante: ¿Qué otros tipos de enfermedades que originan la incapacidad intelectual o psicosocial y en qué porcentaje, afectan al conocimiento con que se obliga?

De manera que ni la doctrina, ni la normativa vigente en Ecuador aclaran este interrogante, quedando el notario sin los elementos de convicción necesaria para aceptar o negar el servicio notarial solicitado por una persona que porte un carné de discapacidad "mental", "psicosocial" o "intelectual", en grado grave e incluso moderado.

Más aún, en este sentido la dificultad que se le presenta al notario es muy compleja, tal como lo señala Sofía de Salas, asegurando que la discapacidad:

62 Se caracteriza a esta discapacidad por "trastornos previsiblemente permanentes en el comportamiento adaptativo que afectan el estado de bienestar en la forma de pensar, en los sentimientos, en las emociones, en el humor o estados de ánimo, en la conducta, interfiriendo la habilidad de una persona para afrontar las demandas ordinarias de la vida sobre situaciones familiares, laborales y sociales, en mayor o menor grado. Esta discapacidad no está relacionada con la discapacidad intelectual. Guía para atención de personas con discapacidad en la salud rural, 21.

63 Ibid, 23.

64 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, 72.

65 Ibid, 10.

"para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre son uniformes".[66]

En este escenario, el notario enfrenta un nuevo desafío de volverse de su calidad de asesor legal natural[67] a constituirse en un perito médico y finalmente intérprete, de saber comunicarse con un discapacitado que le permita calar realmente su voluntad y poder determinar lo que realmente quiere y explicarle la comprensión del acto. Aun así, esta función de asesor-perito-intérprete conlleva a que el notario asuma otras responsabilidades legales adicionales a sus tradicionales funciones, que surgirán como consecuencia de los potenciales reclamos ulteriores de terceros interesados, como por ejemplo de herederos de todos los grados de parentesco, por la frágil subjetividad que implica realizar actos notariales por parte de un discapacitado psicosocial e intelectual.

La dificultad de esta tarea pericial para el notario es grande pues ni su preparación en las aulas, ni el ejercicio profesional, ni la docencia, le permiten la adquisición de una formación que involucre conocimientos psiquiátricos o psicológicos para la valoración de la capacidad de las personas. Como consecuencia de esto, la actuación notarial puede no ser suficiente para solventar la seguridad jurídica en este escenario, ni tampoco para salvaguardar totalmente la responsabilidad del notario. Por ello, se hace necesario buscar mecanismos de apoyo –como la participación de profesionales de la psicología–[68] en instituciones de servicio público e incluso de privados cuando exista una discapacidad leve o moderada, según conste en el respectivo carné, para la valoración del grado de capacidad de un discapacitado psicosocial o intelectual, previo a la realización de actos, contratos y negocios jurídicos.

Este es el incierto y confuso escenario en el que el notario debe prestar sus servicios fedatarios a un discapacitado intelectual o psicosocial. Frente a él está la presunción legal de capacidad jurídica; el discernimiento de sus sentidos en el mismo momento del otorgamiento que le permita concluir que el compareciente es apto para la realización del documento notarial; un carné impreciso y

66 De Salas, "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración," 679.

67 El principio de asesoría exige al notario "asesorar a la ciudadanía para que se redacte el documento notarial que corresponde según las necesidades del usuario". Stalin Javier Lucas-Baque y José Jesús Albert-Márquez, "Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica", *Polo del Conocimiento* 39, no. 4 (Noviembre 2019): 51, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7164381.

68 En los actuales momentos, tanto el carné de discapacidad como el informe de un facultativo son de carácter referencial para el notario. En relación a este último, sostiene Isidoro Lora-Tamayo "El certificado o el dictamen médico ayudan al juicio de capacidad, pero seguramente no es suficiente, pues servirán para reforzar el juicio del notario sobre la capacidad, pero no es el adecuado para formar una voluntad debidamente informada del otorgante". Isidoro Lora-Tamayo, "Comparecencia de una persona", 57.

Sin duda, el dictamen judicial legalmente siempre será el mayor respaldo con que puede contar un fedatario público ante un escenario tan complejo como el cumplir con los derechos establecidos en la varias veces nombrada Convención Internacional, ratificado en el Ecuador y en el mundo entero.

Cabe señalar que, en otros países, como bien lo señala Sofía de Salas: "Esta labor calificadora del notario viene facilitada en los casos en que, de alguna forma, descarga su responsabilidad cuando la Ley exige que cuente con el dictamen preceptivo de facultativos". De Salas, "Hacia un estatuto," 696.

la información proporcionada por el Sistema Informático Notarial integrado al Sistema Informático del Registro Civil, alimentado por el Ministerio de Bienestar Social. Estos documentos se incorporan con carácter obligatorio en los actos y contratos que se otorgan en una notaría pública.

¿Qué hacer frente a estos elementos considerativos? es la interrogante del notario, aunque teóricamente podría asumirse el razonamiento jurídico muy bien expuesto por Robert Friend Macías y María Álava que: "mientras una persona con discapacidad intelectual privada del uso de la razón no haya sido declarada en interdicción judicial, la presunción de validez de sus actos jurídicos dependerá de la aprobación de la falta de autonomía de su voluntad a través de métodos científicos".[69] Sin embargo, el notario no cuenta con métodos científicos a su cargo. En la práctica –ante este escenario– el accionar del notario se encamina a negar el servicio.

2.8 Garantía de ejercicio de obrar, versus protección de derecho y seguridad jurídica

El notario, como funcionario envestido de fe pública y como tal representante del Estado para solemnizar, garantizar y dar seguridad a las relaciones jurídicas, en cumplimiento con la normativa jurídica interna, en el ejercicio de su ministerio, y como parte de su esencia en la prestaciones de sus servicios a la sociedad; busca facilitar y garantizar la intervención de los discapacitados en los trámites solicitados por estos o por sus familiares, pero observando meticulosamente los linderos de la capacidad de su intervención y procurando lograr la seguridad jurídica notarial[70] tanto para el discapacitado así también con quien contrata.

No obstante, en la práctica real es en una notaría donde el derecho de ejercicio de la capacidad realmente se puede o no evidenciar, y en donde verdaderamente se puede ponderar si ciertamente favorece o perjudica al discapacitado intelectual o psicosocial. La decisión está en manos del Notario Público.

La misma Constitución de la República incluye a las personas con discapacidades como grupos vulnerables, precisamente por el grado de desvalidez a los que puede estar expuesta una persona con el tipo de discapacidad intelectual o psicosocial en la celebración de esta clase de contrato; sumado a ello que la Ley Orgánica de Discapacidad determina en los principios fundamentales que

69 Robert Alexander Friend Macías, y María de los Ángeles Álava Díaz, "La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", *USFQ Law Review* 6, no. 1 (Septiembre 2019): 138, https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1384. https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1384.

70 La seguridad jurídica notarial, como lo afirman Lucas y Albert, "estudiada como uno de los principios y al mismo tiempo un fin de la actividad notarial por su aporte a la justicia preventiva o cautelar. […] juega un papel preventivo en las esferas de su amplio accionar". Lucas y Albert, "Los principios notariales," 43.

esta Ley se sujeta y fundamenta en el principio *in dubio pro homine*, por lo que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, "se aplicarán en el sentido más favorable y progresivo a la protección de las personas con discapacidad".[71]

En este ambiguo escenario jurídico que promueve, por un lado, el derecho de todo discapacitado incluyendo el intelectual y el psicosocial, y por otro, la obligación del funcionario público de protegerlo; expone al notario a dudar si está favoreciendo el derecho de ejercicio o exponiendo el derecho de protección del discapacitado intelectual y psicosocial; por lo cual, es el fedatario quien al momento de examinar a los comparecientes, finalmente le toca decidir si permite que una persona que porta un carné de uno de estos dos tipos de discapacidades realice una escritura pública donde transfiera o enajene un patrimonio o comprometa un importante derecho.

En este punto, es necesario considerar que el Código Civil ecuatoriano, al igual que los de muchas naciones con sistema romano germánico, conserva una tradicional protección a los que no pueden gobernarse, entre ellos los dementes y quienes no estén en condiciones de prestar su consentimiento por algún tipo de enfermedad que afecte su entendimiento o conocimiento. disponiendo se lo realicen a través de una representación sustitutiva y una autorización judicial tal como lo dispone la Ley. Si bien desplazando aparentemente el ejercicio de la capacidad a un tercero, lo principal es que está protegiendo su patrimonio, todo esto para precautelar sus derechos.

Lo cierto es que no todo tipo de discapacidad intelectual o psicosocial necesita esta representación. Es verdad también, que no todos los grados y porcentajes de estas discapacidades necesitan este mecanismo legal de protección. Lo que sí es una real necesidad, es precisar en la ley qué casos y en qué porcentaje, se debe conservar esta protección.

Por otra parte, es la misma Convención la que implícitamente reconoce esta verdad y necesidad de protección cuando sugiere que se realice específicamente la aplicación en dos puntuales tipos de actos y contratos para todos los tipos de discapacitados: 1) Heredar bienes «posesiones efectivas»; y 2) Constituir hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.[72] Pero sobre todo, recomendando que estas salvaguardias sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.[73] Advirtiendo finalmente el deber de los Estados

71 Artículo 4, Ley Orgánica de Discapacidades.

72 Artículo 12, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York,13 de diciembre de 2006.

73 Seoane propone el catálogo de principios de los derechos de los discapacitados entre los que destaca la dignidad, la libertad, la igualdad, protección, estableciendo puntualmente que estos deben ser "guiados por el principio de proporcionalidad o razonabilidad". José Antonio Seoane, "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* 35, no. 209 (Enero 2004): 34, http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3081.

de velar "porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".[74]

Atender abiertamente en una notaría pública a todos los grados, tipos y porcentajes de discapacidad, no sólo sería un acto de irresponsabilidad profesional sino un verdadero atentado en contra del mismo discapacitado, de toda la sociedad y del prestigio del notariado ecuatoriano; sumado a la responsabilidad individual del notario que es lo que también está en juego con la decisión que tome.

Cabe recordar que los notarios son funcionarios públicos que dan fe en la celebración de actos y contratos, y entre los principios fundamentales de su accionar está el brindar seguridad jurídica de todo acto que se realice en una oficina notarial; y, además, responder administrativa, civil y penalmente por los daños y perjuicios que se ocasionen a los usuarios o a terceros.

Es que no se puede inobservar la responsabilidad del notario, quien debe considerar como elemento importante los regímenes de infracciones y sanciones que sabiamente dirigidos, buscan persuadir de manera especial que las instituciones de servicio, administración y justicia hagan efectivos para las personas con discapacidades, los anhelados principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad universal, pero también deben salvaguardar a los mismos notarios que llamados por toda la sociedad a garantizar la seguridad jurídica, pueden verse aprehendidos en una situación jurídica en la cual puedan ser denunciados y sancionados tanto por no garantizar el cumplimiento de los preceptos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; como en el caso de hacerlo, ser objeto de que terceros planteen denuncias administrativas, acciones penales o simplemente civiles. En estas últimas, de acuerdo con el Art. 44 de la Ley Notarial, las escrituras realizadas por personas incapaces no sólo son declaradas nulas, sino que conllevan a la destitución del Notario que la celebró.

Un caso muy palpable sucedió en el año 2019 en una Notaría de Guayaquil, donde una persona con el 35 % de discapacidad intelectual inicialmente no pudo realizar una escritura pública de venta con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por negativa de la fedataria asignada mediante sorteo. Obligada la persona con discapacidad a recurrir judicialmente para ser proveída de un curador, el juez que conoció la causa consideró que el porcentaje no justificaba el nombramiento de un curador, por lo cual tampoco podría realizar la venta deseada; y cuando finalmente acude a la Defensoría del Pueblo a denunciar la violación a sus derechos como consumidora, consigue hacer valer sus derechos violentados y la consecuente realización de la escritura solicitada.[75]

74 Numerales 5, Art. 12, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
75 Friend y Álava, "La capacidad jurídica," 142.

De este caso, lo más importante a considerar es que "por falta de claridad del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la capacidad de ejercicio de los discapacitados intelectuales, vulnera derechos constitucionales, lo cual en ninguna circunstancia debió ocurrir".[76]

La otra cara de la moneda sucedió en el Cantón Montecristi, en donde el Notario Público Primero realizó el 14 de enero del 2020 una escritura pública de procuración judicial que otorgaba la ciudadana Carmen D. con discapacidad psicosocial del 64%, a favor de su abogada, para la defensa de sus derechos en un proceso civil. La consecuencia fue una denuncia por fraude procesal presentada ante el Consejo Nacional de la Judicatura, por la abogada patrocinadora de la parte contraria. Disponiéndose la apertura del expediente investigativo N°. 13001-2020-0058, por "haberse incurrido en flagrante violación a la Ley Notarial, en el Art. 20 numeral 3, que prohíbe a los notarios autorizar escrituras públicas de personas incapaces".

El notario en su defensa sustentó la legalidad y validez de lo actuado, argumentando que dio trámite a la escritura de procuración judicial, en consideración a lo dispuesto en los Art, 1462 y 1463 del Código Civil. El primero establece la presunción legal de capacidad legal de toda persona; y el segundo determina quiénes son incapaces absolutos y relativos; así como lo tipificado en la Ley de Discapacidades y de manera especial en la Resolución 011-ST-2019, emitida por el Consejo Nacional para la igualdad de Discapacidades, publicada en el Registro Oficial N°435 de fecha 25 de febrero de 2019. Así mismo se aseveró que la incapacidad de la mencionada ciudadana no estaba comprobada, ya que no se había adjuntado sentencia ejecutoriada que determine incapacidad mental. Indicando además que un carné de discapacidad es emitido con el propósito de favorecer de beneficios, y no para declarar incapacidad legal.

La investigación administrativa concluyó declarando que examinadas las actuaciones del notario, se ha podido determinar que no se le podría atribuir responsabilidad, con respecto al hecho investigado.

Sin embargo, a pesar de la absolución de responsabilidad del fedatario, en este escenario jurídico los notarios no tienen la seguridad de no verse involucrados en denuncias y juicios por la falta de claridad en esta materia al momento de atender a un discapacitado intelectual o psicosocial.

En este punto, es importante resaltar que ni la Ley Orgánica de Discapacidad, ni su respectivo Reglamento, nada determinan respecto a algún tipo de parámetro sobre el ejercicio de la capacidad de obrar con relación a los grados de discapacidad intelectual o psicosocial, así como tampoco sobre los tipos de

76 Ibid.

actos o contratos que de acuerdo con el porcentaje de discapacidad pueden realizarse en las oficinas notariales.

Por ello, en materia de garantías de derechos fundamentales de ejercicio de obrar en disposiciones de bienes patrimoniales de los discapacitados y de garantía jurídica, cabría una interrogante: ¿Cuál es el peor de los males: negar la realización de un contrato dispositivo de dominio y la consecuente búsqueda de la curaduría y licencia judicial de enajenación de bienes, lo cual significaría demora de tiempo; o la inseguridad jurídica por el grado de afectación del que podría ser víctima un discapacitado, así como un subsecuente litigio jurídico al que se podrían ver expuestas tanto las mismas partes que celebraron el contrato como el fedatario que autorizó la escritura con la intervención de un discapacitado intelectual? La respuesta debe ser más garantista que lírica. No obstante, en ambos casos se genera un potencial conflicto. Por eso es importante contar con un panorama normativo más claro que la hasta ahora legislación incompatible, contradictoria y ambigua que tenemos.

Siendo así, los notarios aun no pueden hacer efectivo el Convenio internacional ni la Resolución 011-ST-2019, ni tampoco aplicar con discrecionalidad su criterio para determinar la viabilidad del servicio a un usuario con discapacidad intelectual y/o psicosocial, o la negativa por incapacidad jurídica.

No se trata de obstaculizar o restringir el trato y la atención de los derechos de los discapacitados psicosociales e intelectuales –ni mucho menos desacatar normas expresas ni disposiciones de organismos públicos– sino de que al no existir un ordenamiento jurídico claro, no se puede brindar un servicio eficiente y oportuno y sobre todo de seguridad jurídica, para todos los participantes e involucrados en los actos, contratos y negocios jurídicos que se celebran en una notaría pública del Ecuador.

De allí que al momento de legislar se hará necesario precisar la enfermedad que causa la discapacidad intelectual o psicosocial, grado, porcentaje y la determinación de los tipos de trámites que pueden realizar los discapacitados, porque no es lo mismo servir a un discapacitado intelectual con grado moderado en un trámite sin mayor trascendencia legal como son declaraciones juramentadas, posesiones efectivas, informaciones sumarias, reconocimientos de firmas para presentar a una institución pública, un contrato laboral o cualquiera de los trámites de jurisdicción voluntaria[77] que no generan obligaciones para quien comparece; a diferencia de aquellos cuya trascendencia abarca el nacimiento o extinción de importantes derechos de las personas como son los

77 Stalin Lucas y José Albert señalan que de las 38 atribuciones que tienen los notarios ecuatorianos, 25 son de jurisdicción voluntaria, las mismas cuya característica principal es la ausencia de contienda o controversias con terceros. Stalin Lucas y José Albert, “Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador e Iberoamérica”, *en III Congreso Científico Internacional Sociedad del conocimiento: retos y perspectivas*, Ed. Roberto Passailaigue (Guayaquil: Universidad Ecotec., 2018), 2105, https://www.ecotec.edu.ec/content/uploads/investigacion/sociedad-del-conocimiento/2018-memorias-cientificas.pdf.

patrimoniales, hereditarios, etc.; tomando en cuenta que hay manifestaciones de voluntad que crean obligaciones en su emisor, de otras que generan ciertos derechos a su favor.[78]

Determinando estos parámetros legales en forma expresa y precisa, se va a permitir al notario público decidir en forma específica si en un trámite notarial solicitado por persona con discapacidad intelectual o psicosocial es apto para realizar dicho trámite. En España, por ejemplo, se establece en forma precisa los tipos y porcentajes para fines de protección del patrimonio de los discapacitados cuando determina que "A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento".[79] Este es un buen ejemplo para implantar en Ecuador.

2.9. Prospectiva de los derechos de los discapacitados en Ecuador

En base a lo hasta ahora analizado, el Estado ecuatoriano deberá urgentemente legislar en el ámbito notarial, para que se apliquen los derechos de ejercicio de la capacidad de obrar declaradas en el antes mencionado Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, distinguiendo con claridad aquellos actos que puedan dignificar y valorizar la voluntad de los discapacitados, debiendo observar muy prudentemente aquellos actos dispositivos para los cuales necesita imperiosamente no solo de un tutor, sino de autorización judicial, para proteger la seguridad jurídica y al mismo notario, quien deberá siempre actuar con sensatez y prudencia.

Para la adecuación en la normativa interna del Ecuador, de los anhelados derechos de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual grave que no involucre demencia ni incapacidad absoluta de gobernarse, se deberá dejar espacios para la realización de ciertos documentos autorizados por el notario, que bien puedan realizarse sin la presencia de un curador, como cuando se requiera documentación notariada para ayuda social o económica para el discapacitado, por ejemplo en el caso de recibir una legalización de un bien inmueble por parte de un GAD municipal, o cuando se requieren documentos como meras declaraciones juramentadas para la exoneración de un beneficio por discapacidad, entre muchos otros.

78 Nelly Alicia Taiana de Brandi, "Directivas anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección", *Perspectivas Bioéticas* 26-27, no. 14 (Febrero 2010): 117, http://ojsbioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/14.

79 Artículo 2.2, Ley 41/2003 de España [Por medio de la cual se modifican las normas que regulan la protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad], publicada en el BOE. num. 277, 19 de noviembre del 2003.

Otra alternativa para viabilizar la vigencia de esta Convención internacional, bien podría ser el acompañamiento de una persona del entorno familiar en la realización de un documento notarial de baja o relativa transcendencia. El notario lógicamente debe procurar que se evite la influencia indebida o tomar la medida de evitar el acompañamiento de persona que tenga conflicto de intereses. Para ello, bien podría solicitar la presencia de algún otro familiar cercano, si lo hubiere.

Otro aspecto que se debería tomar muy en cuenta en la futura legislación ecuatoriana será la posibilidad de facultar al notario para que solicite la colaboración de especialistas del sector público y privado –como los psicólogos clínicos– que valoren la capacidad y grado de conciencia de personas con edad avanzada o con discapacidades intelectuales - psicosociales leves o moderadas, para que con los respectivos informes constituyan un documento referencial que respalde la actividad notarial.[80]

Sin embargo, hay que tener en cuenta que a pesar de la presencia del informe pericial o acompañamiento familiar en la suscripción del documento realizado por la persona discapacitada, por el sentido de responsabilidad notarial, el fedatario debe siempre tomar todas las medidas a su alcance para asegurarse de que el usuario preste su libre consentimiento y sea capaz para la realización de determinado acto, contrato o negocio jurídico.

Además, se deberá fortalecer la base de datos en el Sistema Informático Notarial, para que sea alimentado por varias instituciones a más del CONADIS, del Ministerio de Bienestar Social, e incluso por parte de los entes judiciales sobre resoluciones de discernimiento de tutores y curadores por incapacidad comprobada. Dicha base de datos deberá estar diariamente actualizada y mantenerse con acceso a los Notarios públicos, con la finalidad de permitirle al fedatario conocer verdaderamente la situación legal y la real capacidad de las personas que acuden a sus oficinas para la prestación de un servicio. En base a esto, se puede afirmar que se evitarían muchos procesos judiciales si se tomaran estas medidas.

3. Conclusiones

1. La ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de Ecuador, y la falta de legislación clara y precisa que ajuste este instrumento internacional a la normativa interna, hacen

80 Las leyes ecuatorianas actuales no establecen esta posibilidad en el ámbito notarial. Sin embargo, en la práctica algunos notarios ante la comparecencia de personas de muy avanzada edad, que bien pudieren padecer de enfermedades neurodegenerativa como el Alzhéimer, solicitan un examen facultativo que oriente al notario público. Sin embargo, en procesos judiciales, estos informes referenciales no eximen de la responsabilidad al notario.

que se obstaculice la atención en las notarías de los discapacitados intelectuales y psicosociales en actos unilaterales y de otros de mero trámite.

2. La presencia de un documento público, como el impreciso carné de discapacidad, que registra una discapacidad intelectual o psicosocial en un bajo o mediano porcentaje, deja aún plena duda al Notario público respecto a la capacidad y pleno conocimiento del acto o contrato que realiza un discapacitado psicosocial e intelectual, consecuentemente de poder servir oportunamente para que pueda disponer de bienes inmuebles de su propiedad, lo cual podría ser un perjuicio a una personas en tales condiciones de discapacidad.

3. Los términos discapacidad psicosocial e intelectual insertos en los carnés son imprecisos. De manera similar, en la legislación no se establecen con precisión queé "enfermedades mentales" conllevan al concepto de demente establecido en el Código Civil como causal de incapacidad absoluta; tampoco dejan claro los elementos para examinar la capacidad, entendimiento y conocimiento necesario para obligarse.

4. El Notario público ecuatoriano, en el diario ejercicio de sus funciones fedatarias, sin tener un mínimo de criterios médicos concretos de actuación, debe juzgar la capacidad y el conocimiento de lo que se obligan los comparecientes para cada acto jurídico específico. Para ello debe sustentarse en el subjetivo juicio personal que nace del corto y momentáneo diálogo personal, y de su experiencia para la valoración de la capacidad de los comparecientes. De la decisión que tome, finalmente recaerá en forma absoluta en su responsabilidad como fedatario público.

5. La evidente ausencia en la Ley de Discapacidades, en el Código Civil, y en la Ley Notarial ecuatoriana; de disposiciones claras para la realización de actos o contratos notariales por parte de discapacitados psicosociales e intelectuales, ocasiona contradicciones normativas entre la legislación interna, la Constitución de la República y la ratificada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo que finalmente se trasluce en confusión en el servicio notarial y perjuicios en los derechos de estos ciudadanos de ser atendidos en las notarías ecuatorianas.

6. Esta carencia legislativa y contradicción normativa deja también desamparado al discapacitado intelectual o psicosocial con porcentaje moderado y leve, en franco perjuicio en trámites como mandatos de gestión, poderes para pleitos, para actos debidos, o para el cobro del bono de la dignidad por parte de un familiar; así como también en la sucesión de herencias o para la celebración de una escritura de cancelación de gravamen. En todos estos actos se requiere aún de un curador y de la autorización del juez,

solicitados ambos mediante trámites judiciales por separado, cuya demora evidentemente termina perjudicando al discapacitado.

7. El Estado ecuatoriano imperiosamente debe realizar los ajustes reales, razonables y prácticos no sólo conceptuales y orientativos, sino puntuales y específicos, tanto en el Código Civil como en la Ley Notarial, en materia de derechos y atención de los discapacitados intelectuales y psicosociales, que permita por un lado garantizar a estas personas –como a cualquier otro tipo de discapacitado– el ejercicio efectivo de sus derechos en la mayoría de áreas pero también puntualizar y delimitar por salud jurídica de ellos, de la sociedad ecuatoriana, del derecho ecuatoriano y del fedatario público, a fin de que se conserve en las notarías la plena vigencia tanto del derecho de los discapacitados como del principio esencial del derecho notarial: la seguridad jurídica.

8. En el Ecuador, garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas intelectuales y psicosociales constituye aun un desafío, especialmente en materia legislativa y en la práctica notarial.